

*Dr Mehmed Bečić**

KONTINUITET NAUČNIH DEBATA O PRAVNIM TRANSPLANTIMA U ZAPADNOJ PRAVNOJ MISLI

Naučne debate na temu transplantacije prava dugo su prisutne u zapadnoj pravnoj misli. U fokus zapadne literature pravni transplantanti su došli posebno krajem XX i početkom XXI stoljeća, kada se na širem evropskom i međunarodnom planu veća pažnja posvećuje procesima transplantacije u svrhu unificiranja prava. Ako se u naučnim debatama o pravnoj transplantaciji može naći neka konstanta, onda je to sigurno neslaganje autora o mjestu i ulozi pravnih transplantata u procesu razvoja i transformacije prava. Ta činjenica iznjedrila je različite percepcije i teze o zakonitostima pravne transplantacije, koje su dugo vremena prisutne u pravnoj teoriji. U radu se ukazuje na kontinuitet suprotstavljenih teza i zaključaka o zakonitostima pravne transplantacije, odnosno kontinuitet oprečnih mišljenja zapadnih pravnih mislilaca i teoretičara o mjestu i ulozi pravnih transplantata u razvoju prava. Izvor tih suprotstavljenih stavova i mišljenja nalazi se u samom pristupu i poimanju prava, s obzirom da su učesnici tih debata bili autori različitih naučnih provenijencija – pravni filozofi, sociolozi prava, pravni historičari, komparativisti i drugi. Oni su, u većoj ili manjoj mjeri, bili učesnici rasprave koja se svodi na pitanje „za ili protiv“ transplantacije kao glavnog sredstva razvoja i transformacije prava. U zaključcima teksta autor odbacuje jednostavne i generalne zaključke o fenomenu pravne transplantacije. On se, umjesto toga, zalaže za interdisciplinarni pristup u izučavanju pravnih transplantata, sa jasno definiranim predmetom i ciljem istraživanja. Bazu ovog interdisciplinarnog pristupa grade pravna historija i komparativno pravo, zbog predmeta istraživanja te teorija i sociologija prava, koje daju nužne analitičke okvire i alate.

Ključne reči: *Pravni transplantanti. – Recepcija prava. – Pravo i društvo. – Komparativno pravo. – Pravna historija.*

* Autor je docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu, Katedra za pravnu historiju i komparativno pravo, m.becic@pfsa.unsa.ba (Bosna i Hercegovina)

1. UVOD

Naučne debate na temu recepcije, odnosno transplantacije prava dugo su prisutne u zapadnoj pravnoj misli. Dok su pravni mislioci i teoretičari u starijoj literaturi ovom pitanju pristupali sa pravno-filozofskog stanovišta, noviji radovi se bave konkretnim pravnim iskustvom te pravnu transplantaciju ispituju iz ugla one naučne discipline kojoj pripadaju. U fokus zapadne pravne misli pravni transplantati su došli posebno krajem XX i početkom XXI stoljeća, kada se na širem evropskom i međunarodnom nivou sve veća pažnja daje procesima transplantacije u svrhu unificiranja prava.

Ako se u naučnim debatama o pravnoj transplantaciji može naći neka konstanta, onda je to sigurno neslaganje autora o mjestu i ulozi pravnih transplantata u procesu razvoja i transformacije prava. Upravo su iz toga proizašle različite percepcije i teze o zakonitostima pravne transplantacije. Predmet ovog kratkog i preglednog osvrtu jesu naučne debate o pravnim transplantima koje su vođene u zapadnoj literaturi. Ovim radom se, zapravo, nastoji ukazati na kontinuitet suprotstavljenih teza i zaključaka o zakonitostima pravne transplantacije, odnosno kontinuiteta oprečnih mišljenja zapadnih pravnih mislilaca i teoretičara o mjestu i ulozi pravnih transplantata u razvoju prava. Pri tome se u radu polazi od teze/pretpostavke da je izvor tih suprotstavljenih stavova i mišljenja zapravo u različitom pristupu, razumijevanju i poimanju prava, s obzirom da su učesnici tih debata bili različitih naučnih provenijencija – pravni filozofi, sociolozi prava, pravni historičari, komparativisti i drugi. Zbog toga će u radu biti posebna pažnja posvećena i analizi shvatanja prava i pravnog razvitka onih autora koji su bili uključeni u ovu debatu.

Obim jednog članka nije dovoljan da se obrade najvažnija djela i zaključci zapadnih autora na temu pravne transplantacije. Zbog toga je u ovom radu napravljena selekcija nekih važnijih i dostupnih zaključaka i osvrtu. Samo izlaganje u radu ima hronološki slijed. Prvo se obrađuju rane ideje o transplantaciji prava u evropskoj pravnoj misli XVIII i XIX stoljeća. Zatim se daje osvrt na neke od radova komparativista i pravnih historičara s prve polovine XX stoljeća, da bi se u trećem dijelu obradio naučni diskurs o pravnim transplantima u modernoj pravnoj nauci. Imajući u vidu predmet i cilj ovog rada, u istraživanju je korišten prevashodno diskurzivni metod, koji je podrazumijevao obradu domaće i strane literature na temu pravnih transplantata.

2. PRETEČE IDEJA I NAUČNIH RASPRAVA O TRANSPLANTACIJI PRAVA

Historija svjetskog pravnog razvitka značajno je obilježena brojnim primjerima pravne transplantacije, od antičkog do modernog doba. Imajući to u vidu, potpuno je razumljivo zašto je o fenomenu transplantacije prava stoljećima diskutirano u pravnoj literaturi. Malo je pitanja u pravnoj nauci koja su kod pravnih teoretičara i mislilaca izazvala dijametralno suprotne stavove, kao što je to pitanje transplantacije (ili recepcije) stranog prava. Na suprotstavljene stavove po pitanju pravne transplantacije nailazimo još kod znamenitih evropskih pravnika i pravnih mislilaca u XVIII i XIX stoljeću, od kojih ćemo ovdje spomenuti samo Montesquieua, Savignya i Jheringa.

Otpor prema ideji o pravnoj transplantaciji, kao načinu i sredstvu pravnog razvitka, zabilježen je mnogo prije aktualiziranja ovog pitanja u naučnim debatama u novijoj literaturi.¹ Tako se na primjer za Montesquieua može kazati da se opirao ideji transplantacije prava.² Svoje poimanje nastanka i razvitka prava te ideje o mogućoj transplantaciji prava, iznio je u djelu *De l'esprit des lois* (O duhu zakona) iz 1748. godine.³ Ovo višetomno djelo nastalo je u vrijeme snažnog utjecaja Grotiusove škole prirodnog prava u Evropi i na izvjestan način predstavlja reakciju na to učenje.⁴ Montesquieu smatra da među državama postoje značajne razlike u pogledu njihovog političkog i pravnog uređenja.⁵ Ove razlike predstavljaju rezultat specifičnih geografskih, klimatskih, privrednih, društvenih, religijskih, kulturnih i drugih faktora,

1 G. Rehm, „Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und-transformation“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 72, 2008, 12.

2 Za kratak pregled Montesquieuovog djela, vid.: M. Imamović, *Bilješke o razvitku i metodu historijsko-pravne nauke*, Sarajevo 2008, 120–122.

3 Postoji nekoliko dostupnih prevoda ovog djela, kao što su prevod Aljoša Mimica (Montesquje, *O duhu zakona*, Filip Višnjić, Beograd 1989.), te izbor tekstova iz ovog djela (Montesquje, *O duhu zakona - Izbor*, priredio i s francuskog preveo Aljoša Mimica, Umetničko društvo Gradac (Čačak – Beograd), Feral Tribune (Split), 2001) i nešto noviji prevod Marije Spaić (Montesquieu, *O duhu zakona*, Demetra, Zagreb, 2003).

4 B. Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford Socio-Legal Studies, Oxford University Press, 2001, 28.

5 M. Imamović, *op. cit.*, 122.

koji determiniraju pravno-političko uređenje jednog naroda i tako kreiraju duh prava ili „duh zakona“. Za Montesquieua, dakle, pravna pravila zavise od fizičke konfiguracije zemlje, klime, kvaliteta terena, njegovog položaja i veličine, od vrste privređivanja stanovništva, „od stepena slobode koju dozvoljava ustav; od religije stanovnika, njihovih sklonosti, njihovog bogatstva, njihovog broja, njihove trgovine, njihovih *mores*, njihovih pravila ponašanja“.⁶ On smatra da se pravo nalazi u dijalektičkom odnosu sa društvom. Pravo oblikuje društvo, dok istovremeno društveni faktori određuju oblik i sadržaj prava.⁷ Imajući to u vidu, moglo bi se kazati da je Montesquieu u velikoj mjeri odbacivao ideju o pravnoj transplantaciji kao načinu stvaranja i razvitka prava. Na to jasno upućuje njegov stav da politički i građanski zakoni „moraju da budu u toj meri primereni narodu za koji su stvoreni da će veoma redak slučaj biti da zakoni jedne nacije mogu odgovarati nekoj drugoj naciji“.⁸

Montesquieuovo učenje utjecalo je na mnoge pravne pisce. Među njima je i čuveni britanski pravnik Jeremyja Benthama, koji se pitanjem transplantacije prava bavio u eseju pod naslovom „O utjecaju vremena i prostora u pitanjima zakonodavstva“, objavljenog 1802. godine. U zaključcima ovog rada, koji tematizira transplantaciju engleskog prava u Bengal, Bentham se uglavnom držao Montesquieuovog učenja o dijalektičkom odnosu prava i geografskih i kulturnih faktora.⁹

„Ideje koje je Montesquieu tek nagovijestio i registrirao do kraja je razvila *historijsko-pravna škola*“, koju je osnovao Friedrich Carl von Savigny u Njemačkoj s početka XIX stoljeća.¹⁰ Prema učenju ove škole, svaki narod ima svoje specifično pravo koje samo njega odlikuje. Ono je plod narodnog duha (*Volksgeist*), koji je različit za svaki narod. Na tom tragu su predstavnici ove škole naglašavali značaj izučavanja običajnog prava, a odlučno se suprotstavljali ideji usvajanja zakonika,

6 Ž. Gurvič, *Sociologija prava*, Preveo s engleskog dr Đurica Krstić, CID, Podgorica 1997, 82.

7 B. Z. Tamanaha, *op. cit.*, 28–29.

8 Montesquieu, *O duhu zakona*, Filip Višnjić, Beograd 1989, 16.

9 J. Bentham, „Essay on the Influence of Time and Place in Matters of Legislation“, u: *The Works of Jeremy Bentham*, Published under the superintendence of his executor, John Bowring, Volume One, Russel and Russel Inc., New York 1962, 169–194.

10 M. Imamović, *op. cit.*, 123.

na čemu su insistirali pristalice škole prirodnog prava u Njemačkoj.¹¹ Svoje ideje o pravnom razvitku, Savigny je izložio u raspravi *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (O pozivu našeg doba za zakonodavstvo i pravnu nauku), koja je objavljena 1816. godine, u kojem iznosi argumente protiv izrade građanske kodifikacije za Njemačku.¹² Savigny je istakao da je u nauci vladala „nehistorijska škola“, koja je insistirala na ideji da se pravo stvara voljom zakonodavca i da može biti kreirano u svakom trenutku. Naprotiv, za Savignya je pravo uvijek vezano za narod i ne može biti nametnuto sa strane, s obzirom da se „svako pravo nalazi u organskoj vezi sa konkretnom narodnošću“.¹³ Savigny je smatrao da se pravo, pod utjecajem narodnog duha, razvija isključivo unutrašnjom „evolucijom“.¹⁴ Ono prelazi iz stanja naravnog prava (*natürliches Recht*), preko stadija učenog prava (*gelehrtes Recht*), u završnu i najvišu fazu pravnog razvitka – doba zakonodavstva (*Gesetzgebung*). Prema njegovom mišljenju, njemački narod tog doba se nalazio u fazi „učenog prava“, stoga još nije sazreo za kodifikaciju.¹⁵

Montesquieu i Savigny poimali su pravni razvitak kao unutrašnju evoluciju, koja je usko vezana za narod, odnosno kulturu. U tom kontekstu, oni su se, uvjetno rečeno, opirali ideji transplantacije prava od nekog drugog pravnog sistema. Obojica su ostavili veliki trag u historiji pravne nauke. Njihovo poimanje prava i pravnog razvitka postavili su temelje takozvanih „evolucionističkih teorija“ o pravu.¹⁶ Među predstavnike ove teorije sa područja južnoslavenskih zemalja može se uvrstiti i autor Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru Valtazar Bogišić.¹⁷

Nešto drugačije viđenje pravne „evolucije“ vidio je Rudolf von Jhering, najutjecajniji njemački pravnik i romanista XIX stoljeća. On

-
- 11 S. Avramović, V. Stanimirović, *Uporedna pravna tradicija*, četvrto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd 2008, 24.
 - 12 Vid.: F. K. fon Savinji, *Zakonodavstvo i pravna nauka*, Preveo s nemačkog Branimir Živojinović, Pogovor Stevan Vračar, CID, Podgorica 1998.
 - 13 M. Imamović, *op. cit.*, 125.
 - 14 E. D. Elliot, „The Evolutionary Tradition in Jurisprudence“, *Columbia Law Review* 85, 1985, 40–43.
 - 15 M. Imamović, *op. cit.*, 126.
 - 16 O predstavnicima evolucionističke teorije, posebno iz kruga američke pravne misli, vid: E. D. Elliot, *op. cit.*, 38–94.
 - 17 S. Avramović, V. Stanimirović, *op. cit.*, 24.

je u svom epohalom djelu *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (Duh rimskog prava na različitim razinama njegovog razvitka), objavljenog između 1852. i 1865. godine, revidirao učenje historijsko-pravne škole.¹⁸ On je smatrao da se moraju razlikovati dvije glavne epohe pravnog razvitka. U prvom razdoblju, koje se vezuje za stari vijek, pravo se uistinu razvijalo samostalno iz nacionalnog bića, jer su države u to vrijeme bile izolirane i uglavnom u neprijateljskom odnosu. Međutim, u novije doba, pravo se razvija na drugačiji način. U ovoj drugoj epohi jačaju veze i međusobni utjeci između naroda. Zbog toga u velikom broju modernih pravnih sistema postoji mnogo stranih elemenata, odnosno stvarnih i idejnih pozajmica. Jhering to objašnjava na primjeru rimskog prava. Ono je vremenom prestalo biti isključivo nacionalno pravo (*ius civile*), s obzirom da je kroz pretorsko pravo prihvatilo dosta stranih (grčkih i istočnih) elemenata i tako postalo *ius gentium*, odnosno međunarodno pravo.¹⁹

Jhering je imao funkcionalistički pristup pravu. U tom svjetlu je posmatrao i fenomene recepcije stranog prava. Tako na jednom mjestu ističe da „pitanje recepcije stranih pravnih institucija nije pitanje nacionaliteta, već jednostavno pitanje ekspeditivnosti i potrebe. Niko neće donositi neku stvar izvana, ukoliko ima dobru ili bolju istu tu stvar kod kuće; no samo budala će odbiti koru kininovca samo zato što nije uzgojena u njegovom vrtu.“²⁰ Jheringove ideje ostavile su veliki trag na pravnu misao prve polovine XX stoljeća, a utjecale su i na razvoj i metode nauke komparativnog prava.²¹

18 P. Landau, „Das substantielle Moment im Recht bei Rudolph von Jhering. Krausistische Elemente in Jherings Rechtstheorie“, u: Claus Dierksmeier, *Die Ausnahme denken. Festschrift zum 60. Geburtstag von Klaus-Michael Kodalle in zwei Bänden*, Band 2, Königshausen und Neumann, Würzburg 2003, 254.; O evolucionističkom pristupu Jheringa, vid.: O. Behrends, „Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie des Rechts“, u: *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, Köln 1993, 7–36.

19 M. Imamović, *op. cit.*, 125.

20 Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Teil 1, Neunte Ausgabe, Leipzig 1955, 8–9. (Citirano prema: K. Zweigert; K. Siehr, „Jhering’s Influence on the Development of Comparative Legal Method“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 19, No, 2, Spring, 1971, 215).

21 O Jheringovom utjecaju na metod komparativnog prava, vid.: K. Zweigert, K. Siehr, *op. cit.*, 215–231.

3. PRAVNI TRANSPLANTI U DJELIMA RANIH KOMPATIVISTA I PRAVNIH HISTORIČARA

Neki autori ističu da su do kraja XIX stoljeća evolucionističke ideje o pravnom razvitku počele da gube na značaju. Uporedo s tim, razvojem posebnih pravnih disciplina, kao što su pravna antropogija i nauka komparativnog prava, javljaju se i nove ideje o pravnom razvitku i ulozi pravne transplantacije u njemu. Do druge polovine XX stoljeća značajan doprinos u razvijanju ideja o transplantaciji, odnosno recepciji prava dale su nauka komparativnog prava i pravna historija.²² Komparativno pravo, kao naučni metod i posebna naučna disciplina, razvijalo se postepeno krajem XIX i početkom XX stoljeća. Pariškim kongresom 1900. godine započela je era procvata nauke komparativnog prava u Francuskoj (*la Belle Époque du droit comparé*),²³ ali i drugim naučnim centrima u Evropi i Americi, gdje su osnovani posebni instituti, seminari, katedre i časopisi sa ciljem komparativnog izučavanja prava.²⁴ Tako je u akademskim centrima Evrope i Sjedinjenih država značajno porastao interes za proučavanje inostranih pravnih sistema, kao i njihovih međusobnih utjecaja.

Prema mišljenju profesora Johna W. Cairnsa, profesora civilnog prava sa Univerziteta u Edinburgu, prvi autor koji je pojam pravnih transplantata upotrijebio u novije doba bio je škotski advokat Frederick P. Walton.²⁵ Walton je 1. augusta 1927. godine uputio Međunarodnoj akademiji za komparativno pravo rad pod naslovom *Historijskoppravna škola i transplantacija prava*, u kojem se osvrće na Savignyjevu teoriju o pravu kao izrazu narodnog duha. On zaključuje da bi Savigny bio iznenađen novim fenomenom u pravnom svijetu, gdje narodi namjerno odbacuju svoja drevna običajnoppravna nasljeđa, te „u jednom mahu uvode potpuno strani pravni sistem“. Walton ovo opisuje kao „tran-

22 W. Twining, „Social Science and Diffusion of Law“, *Journal of Law and Society*, Volume 32, Number 2, June, 2005, 208.

23 B. Fauvarque-Cosson, „Development of Comparative Law in France“, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. Reimann, R. Zimmermann (ed.), Oxford University Press, 2006, 39. (e-book izdanje)

24 O razvoju i institucionalizaciji komparativnog prava, vid.: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. Reimann, R. Zimmermann (ed.), (e-book izdanje) Oxford University Press, 2006, 35–304.

25 J. W. Cairns, „Watson, Walton and the History of Legal Transplants“, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 41, 2013, 688.

splantaciju pravnog sistema“. Primjere takve transplantacije Walton je vidio u Egiptu, Japanu i Turskoj toga vremena.²⁶

U kontekstu ranih ideja o transplantaciji prava, mogu se spomenuti i ideje američkog pravnog teoretičara Roscoe Pounda, koji se inače ubraja među najutjecajnije američke pravnike prve polovine XX stoljeća.²⁷ U knjizi *The Formative Era of American Law* (Formativna era američkog prava) iz 1938. godine, Pound je nastojao da objasni razvitak američkog prava u njegovoj „formativnoj eri“.²⁸ Pound je historiju prava u formativnoj eri predstavio kao „historiju recepcije, adaptacije i razvoja“ ove pravne tradicije zasnovane na predaji (*tought legal tradition*).²⁹ On je istakao da je historija jednog pravnog sistema, najvećim dijelom, „historija pozajmljivanja pravnih materijala od drugih pravnih sistema“ i historija asimilacije onih materijala koji ne potiču iz prava.³⁰ Poundov koncept pravnog razvitka utemeljen je na ideji o „relativnoj autonomiji prava“.³¹ Stvaranje i razvitak prava poima kao „kreativni proces“, koji zahtijeva i traganje za rješenjima izvan „autoritativnih pravnih materijala datog vremena i prostora“ ili čak izvan prava. Kada se pronađu odgovarajući materijali, oni se prihvataju i kombiniraju sa postojećim materijalima ili im se jednostavno dodaju.³² Tako se postepeno formiraju pravna pravila, doktrine ili institucije. U formativnoj eri historijskog razvitka američkog prava common law je kroz kreativnu aktivnost prilagođen uslovima u Sjevernoj Americi.³³ To je rezultirao stvaranjem američkog prava koje nije mnogo odstupalo od common lawa u Engleskoj, sve dok je bilo izvan utjecaja lokalnog zakonodavstva.³⁴

26 *Ibid.*, 692.

27 O Poundovom djelu i značaju za sociologiju prava, vid.: Ž. Gurvič, *op. cit.*, 151–157; D. S. Clark, „Development of Comparative Law in the United States“, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. Reimann, R. Zimmermann (ed.), (e-book izdanje) Oxford University Press, 2006, 254.

28 R. Pound, *The Formative Era of American Law*, Little, Brown and Company, Boston 1938.

29 *Ibid.*, viii.

30 *Ibid.*, 94–95.

31 E. Wise, „The Transplants of Legal Patterns“, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 38, Supplement. U.S. Law in an Era of Democratization, 1990, 7–8.

32 R. Pound, *op. cit.*, 95–96.

33 *Ibid.*, 96.

34 E. Wise, *op. cit.*, 9.

Od sredine prošlog stoljeća, recepcija prava u modernoj Turskoj postala je posebno zanimljiva tema za komparativiste. Kao rezultat interesovanja za ovaj „najupečatljiviji transplant XX stoljeća“³⁵ održana je 1955. godine u Istanbulu naučna konferencija Međunarodne asocijacije za pravnu nauku o recepciji prava u Turskoj. Učesnik konferencije bio je, između ostalih, i njemački komparativista Max Rheinstein. U svom referatu o vrstama recepcije (*Types of Reception*) Rheinstein je predložio jasnije definiranje samog pojma recepcije i izložio svojevrsnu kraću teorijsku analizu kategorija recepcije prava, zabilježenih u pravnoj historiji.³⁶ Za Rheinsteina recepcija prava uvijek znači svjesno i dobrovoljno usvajanje „pravnihi fenomena“ iz jedne pravne klime u drugu, od čega se moraju razlikovati primjeri nametanja prava silom, zatim transplantacije prava, te nastanak sličnih institucija slučajnim paralelnim razvojem.³⁷

Istim povodom, o recepciji prava u Turskoj pisao je i Kurt Lipstein. U svom referatu istakao je da se, u svakom slučaju prisvajanja pravnog sistema jedne zemlje u drugu, posebno u formi kodifikacije, postavljaju tri ključna pitanja: kako će se novo pravo uklopiti u potpuno drugačije okruženje; kako će biti riješene lingvističke poteškoće u vezi sa prijevodom; te pitanje sudijske interpretacije i primjene inostranog prava.³⁸ U završnoj analizi rezultata konferencije, on je ukazao na fenomene recepcije prava u pravnoj historiji,³⁹ ali i na aktuelne primjere recepcije prava u XX stoljeću, kao što su recepcija njemačkog prava u Japanu, te u nešto manjem obimu u Kini i Vietnamu. On je istakao da, za razliku od svih ostalih primjera recepcije u historiji, svrha recepcije prava u ovim zemljama služila je „dalekosežnoj reformi društva“ i transformaciji države „iz istočnog u zapadni tip“.⁴⁰ Lipstein je ponovio kako u teoriji vlada mišljenje da pravo mora biti zasnovano na lokal-

35 A. Votson, *Pravni transplant: pristup uporednom pravu*, drugo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 169.

36 M. Rheinstein, „Types of Reception“, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Cilt 5, Sayi 6, 1956, 31–32.

37 *Ibid.*, 35–36.

38 K. Lipstein, „The Reception of Western Law in Turkey: Working paper“, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Cilt 5, Sayi 6, 1956, 12.

39 K. Lipstein, „The Reception of Western Law in Turkey: The purpose and the results of the meeting of the International Association of Legal Science held in Istanbul in September 1955“, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Cilt 5, Sayi 6, 1956, 225–228.

40 *Ibid.*, 228.

nim običajima i moralnim standardima te da može biti primjenjivo tek kada je u saglasnosti sa datim narodnim ubjeđeljima.⁴¹ Međutim, ističe Lipstein, iskustvo Turske dokazuje suprotno, jer tu ne zapažamo veliki rascjep između recipiranog inostranog prava i primjene tog prava u praksi, iako je ono zasnovano na potpuno novim vrijednostima i standardima ponašanja koja nisu usklađena sa običajima, tradicijom i moralnim vrijednostima najvećeg dijela stanovništva Turske. Ovaj rascjep, ističe Lipstein, prevaziđen je aktivnostima i radom manjeg broja dobro obučanih administrativnih i pravnih stručnjaka, ujedinjenih u zadatku postizanja učinkovitosti novog pravnog sistema.⁴²

U drugoj polovini XX stoljeća tradiciju komparativnog izučavanja prava nastavljaju prvaci ove discipline, kao što su René David u Francuskoj, Gino Gorla u Italiji, Konrad Zweigert u Njemačkoj i drugi. Komparativno pravo i dalje je izučavalo međusobne utjecaje i „posuđivanja“ između pravnih sistema, s tim da su pravni sistemi posmatrani u širem sklopu pravnih porodica, tradicija i kultura.⁴³

Značajan dio ideja o transplantaciji prava diskutiran je u okviru studija o historijskom razvitku privatnog prava i recepciji rimskog prava. U rane klasike ove literature ubrajaju se djela Paula Koschakera i Franza Wieackera.⁴⁴ Koschaker, jedan od vodećih romanista i pravnih historičara njemačkog govornog područja prve polovine XX stoljeća, iznio je u svom epohalnom djelu *Evropa i rimsko pravo* iz 1947. nekoliko fundamentalnih zaključaka o ulozi rimskog prava za evropski pravni razvitak i pravnu kulturu. Za razliku od do tada općeprihvaćenih teza o recepciji rimskog prava kao rezultatu pravnotehničke superiornosti tog sistema, Koschaker je smatrao da recepcija rimskog prava u Evropi nije bila stvar slobodne volje, nego čin historijske nužde.⁴⁵ On je smatrao da općenito „recepcija pravnog sistema nije pitanje kvaliteta“,⁴⁶

41 *Ibid.*, 237.

42 *Ibid.*

43 M. Reiman, „The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century“, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 50, No. 4, Fall, 2002, 678.

44 W. Twining, *op. cit.*, 208.

45 M. Graziadei, „Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions“, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. Reimann, R. Zimmermann (ed.), (e-book izdanje) Oxford University Press, 2006, 445–447.

46 P. Koschaker, *Europa und das Römische Recht*, Zweite Auflage, 1953, 137–138. (Citirano prema: M. Graziadei, *op. cit.*, endnote nr. 12).

te da su recepcija rimskog prava, kao i širenje Code civila bili izraz imperijalističke nadmoći i prestiža, a ne pravnotehničke sofisticiranosti.⁴⁷ Za Koschakera je glavni uzrok recepcije bio autoritet inostranog prava. On je utemeljen na duhovnoj i kulturnoj nadmoći inostranog prava, što podrazumijeva i političku nadmoć države čije se pravo recipira.⁴⁸

Njemački pravni historičar Franz Wieacker također je dao značajan doprinos u izučavanju recepcije prava. U čuvenoj Historiji privatnog prava iz 1952. godine, on piše o mjestu i ulozi pravnika u procesu recepcije rimskog prava.⁴⁹

4. NAUČNE DEBATE O PRAVNIM TRANSPANTIMA U MODERNOJ LITERATURI

Iz prethodnih izlaganja može se zaključiti da je fenomen recepcije prava u nauci prilično rano tematiziran. Međutim, literatura koja je ispitala pravne transplantate kao glavne faktore i sredstva pravnog razvitka formirala se postepno u drugoj polovini XX stoljeća kroz naučni diskurs na različitim poljima pravnih i općenito društvenih nauka.

4.1. Watsonova teorija o pravnim transplantima

Prvi takav teorijski koncept izložio je profesor Alan Watson u svojoj knjizi *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law (Pravni transplantati: pristup uporednom pravu)*.⁵⁰ Knjiga je prvi put objavljena 1974. godine, a napisana je na osnovu Watsonovih predavanja koja je četiri godine ranije držao na Pravnom fakultetu Univerziteta

47 K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 98.

48 B. Grossfeld, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, J.C.B. Mohr, Tübingen 1984, 95.

49 Vid.: F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen 1952.

50 Knjiga je publicarana prvi put 1974. godine (*Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, 1974.), drugo izdanje objavljeno je 1993. godine (*Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2d edition, University of Georgia Press, 1993.). Za pregled Watsonovih radova, vid. G. Francione, „Alan Watsons Controversial Contribution to Legal Scholarship“, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 31, 2002, 59–63. (<http://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol31/iss1/5>).

u Virdžiniji.⁵¹ Međutim, interes šire akademske zajednice knjiga je izazvala tek znatno kasnije, što je rezultiralo objavom drugog izdanja 1993. godine i prevodom na više stranih jezika.⁵²

Knjiga *Pravni transplant* predstavlja svojevrsnu historijsku i komparativno-pravnu sintezu svjetskog pravnog razvitka, od antičkog do modernog doba. Kroz analizu i poređenje različitih pravnih sistema u višemilenijskom rasponu, Watson je primijetio da je „pravno pozajmljivanje“ (transplantacija) najčešći i glavni faktor pravnog razvitka u historiji. Ispitivanjem odnosa između pojedinih pravnih sistema, pravila, instituta i sistematizacija prava s jedne, te društava u kojima oni nastaju, s druge strane, Watson je došao do zaključka da su pravni transplanti više utjecali na razvitak pravnih sistema nego njegova „in-terna evolucija u okviru jednog društva“.⁵³

Svoju teoriju o ulozi pravnih transplanta za pravni razvitak Watson je razradio i u drugim knjigama, člancima i raspravama.⁵⁴ Uzevši u obzir najvažnije ideje do kojih je došao tokom višedecenijskog naučnog rada, Watson je pokušao da ih svede i uobliči u nekoliko općih zaključaka o odnosu prava i društva, odnosno o zakonitosti pravnog razvitka. Riječ je o tri temeljna zaključka, koja grade Watsonovu teoriju:

- Pravni transplant – pravno pozajmljivanje predstavlja glavni faktor pravnih promjena i pravnog razvitka.⁵⁵
- Vlade (vlasti) pokazuju malo interesovanja za stvaranje i razvoj privatnog (civilnog) prava. Tu funkciju obavlja subordinirana pravnička elita bez zakonodavnih ovlasti, koja teži da

51 J. W. Cairns, *op. cit.*, 638.

52 Knjiga je dostupna i na srpskom jeziku u izdanju Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: A. Watson (2010a), *op. cit.*, 36.

53 A. Watson (2010a), *op. cit.*, 21.

54 Vid.: A. Watson, *Society and Legal Change*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1977. Drugo izdanje je publicirano 2001. godine (Temple University Press, Philadelphia); A. Watson, *The Making of the Civil Law*, Harvard University Press, 1981; A. Watson, *Sources of Law; Legal Change and Ambiguity*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1984; A. Watson, *The Evolution of Western Private Law*, The John Hopkins University Press, Baltimore and London 2001 i dr.

55 „*Legal Transplants*. Borrowing is the name of the legal game and is the most prominent means of legal change.“ (A. Watson, *Comparative Law: Law, Reality and Society*, third Edition, Vandepas Publishing, Lake Mary FL 2010, 5. Up.: A. Watson (2010a), *op. cit.*, 174).

stvara pravo u skladu sa pravničkom kulturom koju oni stvaraju za sebe.⁵⁶

- Obimna zakonodavstva, kao što su kodifikacije, ne sadrže specifičnu društvenu poruku, koja odgovara konkretnom društvu.⁵⁷

Imajući u vidu ove teze, moglo bi se kazati da se Watsonova teorija o pravnim transplantima može uobličiti na sljedeći način: Pravo, a najviše oblast materijalnog privatnog prava, razvija se putem pravnih transplantata. U ovom procesu vlasti pokazuju malo interesovanja, pa proces stvaranja i razvoja prava prepuštaju „subordiniranoj pravničkoj eliti“. Međutim, oni ne stvaraju pravo koje će odgovarati konkretnom društvu, nego stvaraju pravo koje odgovara njihovoj pravnoj kulturi, transplantirajući pravna pravila iz sistema koji za njih ima autoritativni (prestižni) status. Zbog toga postoji raskorak između prava i društva, tj. ne postoji usklađenost prava sa konkretnim društvenim potrebama.

4.1.1. Pravni transplantati – sredstvo razvoja i transformacije prava

Watson tvrdi da su dva „najočiglednija“ opća zapažanja o razvoju prava: 1. da je „transplantacija pojedinih pravila ili velikog dijela pravnog sistema“ izuzetno uobičajena, kako za rano, tako i za današnje doba; 2. da je transplantacija „najobilniji izvor pravnog razvitka“ i da „najveći broj promjena u većini sistema predstavlja rezultat pozajmljivanja.“⁵⁸ Ova zapažanja predstavljaju osnovu Watsonove teorije o pravnim transplantima u kontekstu proučavanja pravnog razvitka i transformacije prava.

Potvrdu svog stajališta Watson nalazi, uglavnom, u pravnoj historiji – od recepcije rimskog prava u Evropi, preko širenja engleskog prava na zemlje *common law* sistema i Sjedinjene države, do utjecaja

56 „Governments are not much interested in developing law especially not private law. They generally leave this to subordinate law makers to whom, however, they do not grant power to make law.“ (A. Watson (2010b), *op. cit.*, 1. Uporedi: Up.: A. Watson (2010a), *op. cit.*, 174).

57 „Even when famous legislators emerge, they are seldom much interested in inserting a particular social message or even certainty into their laws.“ (A. Watson (2010b), *op. cit.*, 3; Up.: A. Watson (2010a), *op. cit.*, 174).

58 Up.: A. Watson (2010a), *op. cit.*, 145.

francuskog *Code civile*-a u svijetu,⁵⁹ te transplantacije švajcarskog prava u Turski građanski zakonik iz 1926. godine, za koji Watson kaže da predstavlja „jedan od najupečatljivijih transplanta“ XX stoljeća, i to kako po uspjehu, tako i po svojoj veličini.⁶⁰ Za Watsona je transplantacija pravila u društvenom pogledu jednostavna.⁶¹ Kada je riječ o kriteriju i selektivnosti, Watson zaključuje da se izbor sistema davaoca ne vrši na osnovu „zajedničkih društvenih, političkih i ekonomskih vrijednosti i uslova“.⁶² Osnovni kriteriji su, prema Watsonu, „pristupačnost“⁶³ inostranog prava i stečena „navika“ da određeni sistem služi kao izvornik,⁶⁴ ali i neki drugi faktori.⁶⁵

4.1.2. Uloga pravničke kulture u Watsonovoj teoriji

Watsonova teza o pravnim transplantima utemeljena je na odlučujućoj ulozi pravničkih elita za razvoj i transformaciju prava. Watson je došao do zaključka da vlade (vlast) općenito pokazuju malo interesovanja za stvaranje i razvoj prava, a najmanje takvog interesovanja pokazuju za oblast privatnog (civilnog) prava. Umjesto toga, stvaranje prava, uglavnom, prepuštaju tzv. subordiniranoj pravničkoj eliti, koja inače nema zakonodavnih ovlasti i koja teži da stvara pravo kakvo odgovara njihovoj pravničkoj kulturi i tradiciji.⁶⁶

Watsonov koncept podrazumijeva da pravници formiraju posebnu društvenu elitu koja stvara pravo, bez obzira da li djeluju kao zakonodavci, sudije ili naučnici.⁶⁷ Njima je svojstveno da se vode navikama,

59 A. Watson, „Legal Change: Sources of Law and Legal Culture“, *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 131, No. 5, April 1983, 1125.

60 A. Watson (2010a), *op. cit.*, 169.

61 *Ibid.*, 146.

62 *Ibid.*, 167.

63 *Ibid.*, 167.

64 „Jednom kad sistem počne da se koristi kao izvor pravnih pravila, iz njega će, kao što sam već rekao, ponovo da se pozajmljuje, i što se više iz njega pozajmljuje, to je tim ispravnije i dalje pozajmljivanje iz tog sistema, i to čak onda kad preuzeto pravilo ne mora da bude odgovarajuće.“ (Up.: A. Watson (2010a), *op. cit.*, 167).

65 A. Watson (2010b), *op. cit.*, 11.

66 Vid.: A. Watson, *op. cit.*, 1–5; Up.: A. Watson (2010a), *op. cit.*, 174.

67 W. Ewald, „Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants“, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 43, No. 4, Autumn 1995, 499.

a u procesu promjene prava oni nastoje da smanje obim tih promjena ili da pozajme pravilo iz nekog inostranog pravnog sistema koji za njih ima veliki prestiž i autoritet.⁶⁸ Pored brojnih drugih primjera iz pravne historije, Watson se i ovdje poslužio i primjerom Turskog građanskog zakonika. Iako su u to vrijeme postojali i drugi zakonici koji su mogli poslužiti za izradu turske kodifikacije prava, kao što su francuski *Code civile* i njemački *BGB*, ipak je odlučeno da se transplantiraju pravila švajcarskog prava. Kao razlozi za ovaj izbor u literaturi se navodi činjenica da je švajcarski kodeks bio najmoderniji u to doba, zatim neutralnost Švajcarske tokom Prvog svjetskog rata te dobro poznavanje švajcarskog prava tadašnjeg turskog ministra pravde Mahmuta Esada Bozkurta, koji je studirao pravo u Švajcarskoj i vodio projekat kodifikacije i reforme prava u Turskoj. Od svih spomenutih faktora, Watson je isticao Bozkurtovu vezu sa Švajcarskom i njenom pravnom kulturom.⁶⁹

4.1.3. Raskorak prava i društva (teza o izolaciji prava)

Pod ovom tezom podrazumijevaju se Watsonova opća zapažanja o „izoliranosti“ prava i pravnog razvoja od društvenih, političkih i ekonomskih faktora. Watson često govori o tome da pravo nije u koraku sa društvenim potrebama, te o znatnoj neusklađenosti pravnih pravila (uglavnom pravila privatnog prava) sa potrebama i zahtjevima društva u kojem se ta pravila primjenjuju.

Watson, ustvari, na velikom broju primjera ukazuje na neefikasnost pravnih pravila, da je ta neefikasnost poznata pravničkoj eliti, koja poznaje i kontrolira mogućnosti pravnih promjena te da takva pravna pravila istrajavaju stoljećima.⁷⁰ Ovu tezu Watson dokazuje prevashodno kroz dugovječnost i učestalost transplantacije pravnih pravila. On ističe da, „ukoliko uzmemo u obzir dugovječnost pravnih pra-

68 *Ibid.*, 499.

69 „Osoba koja nosi najveću odgovornost za turski zakonik, bio je turski ministar pravde Mahmut Esad Bozkurt, koji je baš studirao pravo u Švajcarskoj. Kad se pokazalo da je Turskoj potreban moderan građanski zakonik, Bozkurt je odabrao švajcarsko pravo kao model – to je bilo inostrano pravo koje je on poznao. Izbor prava izvršio je političar koji je bio pravnik, pa ipak je takav izbor učinjen na osnovu njegove pravničke kulture, a ne zato što je švajcarsko pravo bilo očigledno politički ili ekonomski prikladnije u poređenju sa drugim modernim građanskim zakoncima.“ (A. Votson (2010a), *op. cit.*, 171).

70 W. Ewald, *op. cit.*, 509.

vila i učestalost transplanta, vidjećemo da pravna pravila obično nisu stvorena za društva u kojima se danas primjenjuju⁷¹. U tom smislu se može zaključiti da su pravna pravila po svojoj prirodi takva da mogu da služe zajednicama različitih geografskih, ekonomskih i društvenih uslova.⁷²

Društveni ili vanjski utjecaj na pravni razvoj Watson prihvata samo u kontekstu pravničke kulture i tradicije, koja nije uvijek i potpuno izolirana od vanjskih utjecaja. U tom smislu, iako su pravne promjene uvjetovane pravničkom kulturom i tradicijom, Watson ističe da ta kultura nije samo kultura pravničke elite, nego predstavlja i kulturno naslijeđe drugih pravnika i društva u širem smislu. Međutim, da bi utjecali na pravne promjene, ostali pravnici i članovi društva moraju da taj utjecaj vrše kroz pravničku elitu.⁷³

Ewald je primijetio da teza o izolaciji predstavlja posljedicu i rezultat prethodnih teza, a ne njihov osnov. U tom smislu, ublažavajući Watsonov strogi pristup, Ewald navodi da je logički slijed njegove teze sljedeći: „Historija je pokazala da su, zbog prirode pravničke profesije, promjene evropskog privatnog prava vršene transplantacijom pravnih pravila; Zbog toga, pravo je, u najmanju ruku ponekad, izolirano od društvenih i ekonomskih promjena“.⁷⁴

4.2. Reakcije na teoriju o pravnim transplantima i suprotne teze

Neposredno nakon što je objavljena, knjiga *Pravni transplant* nije izazvala veliki interes naučne zajednice u Evropi i Americi. Reakcije su se svodile na uobičajene prikaze i osvrte,⁷⁵ a autori su zauzimali različite, ali ipak pretežno negativne stavove prema tezama i

71 A. Watson, *Society and Legal Change*, second Edition, Temple University Press, Philadelphia 2001, 130.

72 *Ibid.*, 130.

73 A. Watson, *The Evolution of Western Private Law*, The John Hopkins University Press, Baltimore and London 2001, 264.

74 W. Ewald, *op. cit.*, 503.

75 Vid.: M. Ancel, „Alan Watson, Legal Transplants. An Approach to Comparative Law“, *Revue internationale de droit comparé*, Volume 27, No. 1, Janvier-mars, 1975, 303–304; C. Maechelin, „Alan Watson, Legal Transplants. An Approach to Comparative Law“, *Virginia Journal of International Law*, Vol 15 (1974–1975), 1037–1039.

zaključcima iznesenih u Watsonovom radu.⁷⁶ Međutim, od sredine osamdesetih godina XX stoljeća pitanje recepcije/transplantacije prava, pa i sama Watsonova teorija o pravnim transplantima postajala je sve aktuelnija. Prema mišljenju Cairnsa, tome su doprinijela dva važna historijska procesa: raspad Sovjetskog saveza i uspostava novih nacionalnih pravnih sistema u Istočnoj i Centralnoj Evropi, i nastojanja za harmonizacijom i unifikacijom civilnog prava u Evropi. Oba ova procesa za sobom su nužno povlačila i pitanje pravne transplantacije.⁷⁷

U naučnim debatama koje su se vodile tokom posljednje tri decenije na temu recepcije/transplantacije prava, Watsonova teorija je pretrpila brojne negativne kritike. Najoštrije kritike iznijeli su autori koji su imali sociološki pristup pravu i autori koji su zagovornici koncepta pravnih kultura. To je potpuno razuljivo, jer je u društvenim naukama odavno etablirano mišljenje da je pravo na određen način odraz društva za koje je stvarano. Pri tome je nastanak i razvitak prava u najvećoj mjeri determiniran vanjskim (društvenim) faktorima konkretnog društva. Na ovoj teorijskoj premisi, koja se može pratiti unazad do antičkih vremena,⁷⁸ izgrađen je čitav niz modernih teorija o odnosu prava i društva, koje u većoj ili manjoj mjeri odbacuju teze o jednostavnoj transplantaciji prava.

Na ovom mjestu ne mogu biti razmatrane sve reakcije na Watsonovu teoriju, niti svi ostali doprinosi naučnoj debati na temu pravnih transplanta u zapadnoj pravnoj misli. Umjesto toga, daje se kraći osvrt na neke od najznačajnijih ideja i diskusija vođenih u drugoj polovini XX i početkom XXI stoljeća.

Otto Kahn-Freund, svojevremeno profesor komparativnog prava na Oxfordu, bio je jedan od prvih autora koji je reagirao na Watsonove teze iznesene u knjizi *Pravni transplanti*. U članku *On Uses and Misuses of Comparative Law (O upotrebi i zloupotrebi komparativnog prava)*,⁷⁹ Kahn-Freund postavlja pitanje uslova koji moraju biti ispunjeni da se prilikom izrade novih zakonskih propisa poseže za pravom drugih

76 Za pregled prvih negativnih kritika na Watsonov rad, vid.: J. W. Cairns, *op. cit.*, 641–658.

77 J. W. Cairns, *op. cit.*, 676.

78 Vid.: B. Z. Tamanaha, *op. cit.*, 11–16.

79 O. Kahn-Freund, „On Uses and Misuses of Comparative Law“, *The Modern Law Review*, Volume 37, No. 1, January 1974, 1–27.

država.⁸⁰ Na ovo pitanje Kahn-Freund odgovara prepoznavanjem tri ključna motiva za preuzimanje stranog prava:

1. Motiv pripremanja unifikacije prava na nekom širem, međunarodnom ili nadnacionalnom nivou. Kao primjer takve transplantacije Kahn-Freund navodi unifikaciju prava koju sa sobom povlači članstvo Engleske u Evropskoj zajednici, zatim unifikaciju prava o međunarodnom transportu te primjere međunarodnih sporazuma o pravilima usvajanja djece, priznavanja stranih sudskih odluka o razvodu, formi oporuka i tako dalje.⁸¹
2. Drugi motiv transplantacije jeste reakcija na društvene promjene kakve već postoje u državi čije se pravo preuzima. Ovu vrstu transplantacije Kahn-Freund vidi na primjer u transplantaciji pravila porodičnog prava iz Novog Zelanda i Australije u Englesku i neke druge zemlje.⁸²
3. Trećim motivom transplantacije Kahn-Freund smatra postizanje društvenih promjena posredstvom stranog prava. Ovu vrstu transplantacije Kahn-Freund vidi na primjeru prisvajanja zakona o rasnoj diskriminaciji iz Sjedinjenih država i prisvajanje ustanove ombudsmena iz skandinavskih država u engleski pravni sistem.⁸³

Za razliku od Watsona, Kahn-Freund pristupa pitanju pravnog razvitka i reforme prava uz obavezno šire društveno i političko kontekstualiziranje ovog fenomena.⁸⁴ On, naime, smatra da uspješnost transplantacije prava zavisi od odnosa i povezanosti pravnog transplantanta sa političkom strukturom sistema primaoca. Zbog toga se kod preuzimanja stranog prava mora uzeti u razmatranje šire društveno, a posebno političko okruženje iz kojeg se određeno pravno pravilo preuzima. Svi oni geografski, društveni, ekonomski, kulturni i politički faktori, koje

80 *Ibid.*, 1–2.

81 *Ibid.*, 2–4.

82 *Ibid.*, 13–17.

83 *Ibid.*, 5.

84 A. Engelbrekt, „Toward an institutional approach to comparative economic law?“, u: A. B. Engelbrekt, J. Nergelius, E. Elgar, *New Directions in Comparative Law*, Cheltenham – Northampton, MA 2009, 236.

su za Montesquieua determinirali pravo, za Kahn-Freunda su i danas važni. Međutim, on ističe da su u proteklih dvije stotine godina politički faktori više utjecali na pravo od ostalih faktora.⁸⁵

Na osnovu ovih generalnih premisa i teza, Kahn-Freund je formulirao svoju osnovnu tezu o pravnoj transplantaciji: pravila i ustanove nisu jednako prenosivi ili transplantabilni – postoje stepeni transplantabilnosti. Kada se vrši preuzimanje pravnih pravila ili ustanova, mora se imati u vidu da postoje „stepeni transplantabilnosti“, a posebno se mora voditi računa o političkom ustrojstvu i ulogama društvenih (interesnih) grupa koje utiču na proces donošenja važnih političkih odluka i stvaranje prava.⁸⁶ Razlike koje postoje, na primjer, između komunističkih i kapitalističkih sistema ili između demokratija i diktatura, kao i razlike koje postoje unutar demokratski uređenih država (kao što su razlike između predsjedničkog i skupštinskog sistema) mogu da predstavljaju ozbiljnu prepreku za transplantaciju prava. Najvažniju ulogu u tome imaju interesne grupe, koje imaju moć da utiču na prihvatanje ili odbacivanje stranog prava.⁸⁷ Svoju tezu o uvjetovanosti i stepenima transplantabilnosti pravnih pravila Kahn-Freund je dokazivao na primjerima transplantacije porodičnog prava, proceduralnog i privrednog prava.⁸⁸

Iako je Watsonovu knjigu pohvalio kao „izuzetno zanimljivo i brilijantno“ štivo, Kahn-Freund se nije mogao složiti sa Watsonovim zaključcima o lakhoći i jednostavnosti transplantacije pravnih pravila.⁸⁹ Inače je nakon ovog Kahn-Freundovog osvrta uslijedila rasprava dvojice autora, u kojoj je Watson, na osnovu historijskih primjera, branio svoje teze te se generalno protivio Kahn-Freundovom zaključku da stepen transplantabilnosti pravnog pravila zavisi od veze sa stranim političkim ustrojstvom, odnosno strukturom moći.⁹⁰ Ove suprotnosti i debatu koja se vodila između Watsona i Kahn-Freunda, Eric Stein je okarakterizirao kao problem različitih pristupa, sociološkog i pravno-historijskog.⁹¹

85 Otto Kahn-Freund, *op. cit.*, 7–8.

86 *Ibid.*, 13.

87 *Ibid.*, 11–12.

88 *Ibid.*, 13–27.

89 J. W. Cairns, *op. cit.*, 645.

90 A. Watson, „Legal Transplants and Law Reform“, *Law Quarterly Review*, 92, 1976, 82–83.

91 Vid.: E. Stein, „Uses, Misuses – and Nonuses of Comparative Law“, *Northwestern University Law Review*, Volume 72, No. 2, 1977–1978, 198–216.

Različiti pristup u proučavanju prava bio je temelj i Friedmanove kritike Watsonovih teza o pravnim transplantima. Lawrence Friedman, inače sociolog prava i doajen američke pravne historije, bio je jedan od najutjecajnijih članova *Law and Society* pokreta.⁹² Stoga je jasno da se njegovo poimanje prava i pravnog razvitka razlikovalo od Watsonovog.⁹³ On, naime, smatra da pravni sistemi odražavaju ono što se dešava u društvu i da vremenom preuzimaju njegov oblik.⁹⁴ U svojoj knjizi o historiji američkog prava iz 1973. godine Friedman je naglasio da on američko pravo ne posmatra kao set pravnih pravila, nego kao „ogledalo društva“.⁹⁵ On pravo razumije kao proces te smatra da se pravni sistemi konstantno mijenjaju, odgovarajući pri tome na promjene koje se dešavaju u samom društvu.⁹⁶

Prva Friedmanova reakcija na Watsonovu teoriju formulirana je u prikazu knjige *Society and Legal Change* objavljenog 1979. godine.⁹⁷ U ovoj kritici on je napisao kako je Watsonova teza o raskoraku između prava i društva apsolutno neuvjerljiva, da se temelji na analizi nevažnih i sporednih pravnih pravila iz prošlosti te da je suprotna stavovima većine sociologa i teoretičara prava.⁹⁸ Jedan od ključnih argumenata Friedmana jeste kritika Watsonovog predmeta analize. On smatra da se Watson ne bavi proučavanjem „živog prava“ (*living law*), nego pravnim tekstovima, a ta pravila uistinu mogu da imaju malo

92 O životu i djelu Lawrence M. Friedmana, vid.: <https://www.law.stanford.edu/profile/lawrence-m-friedman> i https://www.law.stanford.edu/sites/default/files/person/166209/doc/slspublic/friedman_cv.pdf.

93 O Friedmanovom naučnom djelu i pristupu, vid.: *Law, Society and History: Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman*, R. W. Gordon, M. J. Horwitz (ed.), Cambridge University Press, 2011.

94 „Legal systems do not float in some cultural void, free of space and time and social context: necessarily, they reflect what is happening in their own societies. In the long run, they assume the shape of these societies, like a glove that molds itself to the shape of a person's hand“ (L. Friedman, „Borders, On the Emerging Sociology of Transnational Law“, *Stanford Journal of International Law*, 32, 1996, 72).

95 Vid.: L. Friedman, *History of American Law*, 1973.

96 L. Friedman, „Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants“, *Adapting Legal Cultures*, D. Nelken, J. Feest (ed.), Oñati International Series in Law and Society, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2001, 93.

97 L. Friedman, „Book Review: Society and Legal Change. By Alan Watson“, *British Journal of Law and Society*, Volume 6, No. 1, Summer 1979, 127–129.

98 *Ibid.*, 127.

doticaja sa društvom. Za Friedmana je ključno pitanje kako pravna pravila funkcioniraju u određenom društvu, pa bi se i u slučaju transplantacije švajcarskog kodeksa u Tursku trebali ispitati efekti transplanta na tursko društvo.⁹⁹

Prema mišljenju Friedmana, pravo „mora“ odgovoriti na društvene promjene. Ako do toga ne dođe kroz prisvajanje stranih modela, onda će doći do transformacije pravnog sistema na osnovu postojećih ustanova. Ponekad taj proces može da traje stoljećima, kao što je bila transformacija *common law* sistema iz feudalnog u kapitalističko pravo. Međutim, u tom slučaju je dugotrajnost procesa transformacije prava rezultat vjekovnog procesa društvene i ekonomske evolucije.¹⁰⁰ Friedman to objašnjava na primjeru Japana, tvrdeći da je prisvajanje zapadnog prava krajem XIX stoljeća u toj zemlji bilo dio sveukupne transformacije i modernizacije japanskog društva. Da Japan nije ovim putem transformirao svoj pravni sistem, on bi bio prisiljen da se mijenja u skladu sa ostalim procesima.¹⁰¹

Friedman, za razliku od Watsona, tvrdi da se pozajmljivanje prava vrši sistemski, u skladu sa potrebama datog društva, a ne na osnovu prestiža, odnosno autoriteta sistema od kojeg se pravo prisvaja. U tom kontekstu, on, isto kao Kahn-Freund, navodi primjer institucije ombudsmena, koja je transplantirana u veliki broj modernih pravnih sistema, i to „ne zbog utjecaja i prestiža“ pravnog sistema Švedske u svijestu, nego zbog društvene korisnosti te ustanove.¹⁰² Iako su određena pravna pravila rimskog prava (kao što su pravila o kupoprodaji) transplantirana u veliki broj pravnih sistema zapadnih zemalja, Friedman ističe da je isto tako veliki dio rimskog prava potpuno nestao. Shodno tome, nameće se pitanje principa ili osnova po kojem određena pravila nestaju, dok druga preživljavaju. Suprotno Watsonu, Friedman smatra da određena pravila preživljavaju jer su u kontinuitetu korisna za društvo.¹⁰³

Friedman je ocijenio kako i sam pojam pravnog transplanta može biti neprikladan.¹⁰⁴ Umjesto toga, on predlaže pojam difuzije prava, zakonika i prakse.¹⁰⁵ Friedman ističe da se kod ispitivanja pravnih

99 *Ibid.*, 128–129.

100 L. Friedman (2001), *op. cit.*, 94–95.

101 *Ibid.*, 95.

102 L. Friedman (1998), *op. cit.*, 128–129.

103 *Ibid.*, 128.

104 L. Friedman (2001), *op. cit.*, 94.

105 *Ibid.*, 94.

transplanta trebaju razlikovati slučajevi nametanja od dobrovoljnog prisvajanja inostranog prava. Veliki dio „transplantacije“ u historiji vršen je putem osvajanja i kolonizacije,¹⁰⁶ dok su druge zemlje preuzimale inostrana prava potpuno dobrovoljno, pri čemu su imali izbor da razvijaju sopstvene institucije ili da se posluže „gotovim modelima“. Friedman zastupa mišljenje da zemlje dobrovoljno prisvajaju inostrana prava zbog učinkovitosti i svrsishodnosti u procesu promjena (reform) prava, kao odgovor na društvene promjene.¹⁰⁷

Još jedan sociološki pristup izučavanju pravnih transplanta, zajedno sa kritikom Watsonove teorije, izložio je Roger Cotterrell, sociolog prava i profesor teorije prava sa Pravnog fakulteta Queen Mary Univerziteta u Londonu.¹⁰⁸ U radu *Is There a Logic in Legal Transplants* (Da li postoji logika u pravnim transplantima)¹⁰⁹ Cotterrell je kritizirao Watsonovo razgraničavanje sociologije od komparativnog prava, te dodao kako sociologija prava može da posluži kao dopuna komparativnom pravu u izučavanju pravnih transplanta.

Suštinski problem Watsonovog pristupa Cotterrell vidi u „negativnoj logici pravnih transplanta“, s obzirom da on odbacuje sve postojeće teorijske konstrukcije. Cotterrell smatra da sociologija prava treba da objasni Watsonove teze u široj perspektivi i da pažljivo istraži njegov koncept pravnih transplanta. To važi i za Watsonovo neempirijsko i statično poimanje pravničke ili profesionalne pravne kulture. Cotterrell ističe da su Watsonove opaske o karakteru i ulozi pravničke elite za pravni razvitak uvjerljive, ali sumnja da mogu da objasne njihove metode i poglede u svim važnim kontekstima pravne prakse i pravnog razvitka. To posebno važi za moderno doba, koje karakteriziraju brze pravne promjene i transnacionalni utjecaji na pravo.¹¹⁰

106 *Ibid.*, 97. Kao primjere Friedman navodi širenje *common law* sistema putem britanskih osvajanja i kolonija (SAD, Novi Zeland, Nigerija, Malezija), te prisustvo sistema civilnog prava u zemljama Latinske Amerike, kao bivšim kolonijama Portugala i Španije.

107 *Ibid.*, 94–95.

108 Vid.: <http://www.law.qmul.ac.uk/staff/cotterrell.html>.

109 R. Cotterrell, „Is There a Logic in Legal Transplants“, u: *Adapting Legal Cultures*, D. Nelken J. Feest (ed.), Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 2001, 71–92.; Prerađenu verziju ovog rada autor je objavio i u svojoj knjizi. Vidi: R. Cotterrell, *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, Hampshire 2006, 109–126.

110 R. Cotterrell, *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, Hampshire 2006, 114–116.

Cotterrell smatra da je koncept pravnih kultura preširok i nejasan da bi se mogle definirati varijable koje utiču na uspjeh ili neuspjeh transplantiranog prava u novom društvenom okruženju. Kao mogući pravac u interdisciplinarnom istraživanju pravnih transplanta, Cotterrell primjenjuje koncept prava kao društvene pojave ukorijenjene u zajednicama, odnosno koncept pravne tradicije vezane za specifične zajednice, koje se trebaju empirijski istražiti. On smatra da je ova ideja važna i za Watsonov koncept pravnih transplanta, s obzirom da je u njegovoj teoriji pravo ukorijenjeno i oblikovano od strukovne ili profesionalne „zajednice“ pravničkih elita. Pored takvih profesionalnih zajednica, mogu se, u širem sociološkom smislu, identificirati i druge zajednice od značaja za nastanak i transformaciju prava. Pri čemu se ne radi o zajednicama u fizičkom smislu, već o zajednicama koje su na apstraktan način povezane društvenim odnosima, te osjećajem zajedničkog identiteta, solidarnosti ili saradnje između ljudi.¹¹¹

Na ovim teorijskim pretpostavkama je Cotterrell predložio poseban konceptualni okvir za ispitivanje i razumijevanje pravne transplantacije. Taj okvir je sastavljen od četiri osnovna tipa zajednica (tradicionalna, instrumentalna, vjerska i emocionalna), koje su izvedene iz Weberove sistematizacije društvenih aktivnosti.¹¹² Tako, na primjer, ako se Watsonova pravnička elita posmatra kao primjer tradicionalne zajednice, onda se njihova uloga u pravnom razvitku ogleda u stvaranju pravne doktrine koju će karakterizirati uređenost, sigurnost i stabilnost sa aspekta srodnih (strukovnih) pravnih tradicija. Cotterrell zaključuje da je utjecaj tradicionalne zajednice na pravni razvitak najveći onda kada su manji utjecaji ostalih tipova zajednica. Ako se isključe uvjerenja, interesi i emocije, preostaju pravna pravila koja su determinirana ili održana tradicijom ili inercijom.¹¹³

4.3. Negiranje ideje o transplantaciji prava

Pored autora koji su raspravljali o raznim aspektima pravne transplantacije, u naučnu debatu o pravnim transplantima uključili su se i autori koji su zastupali ekstremna stajališta o totalnoj nemogućnosti pravne transplantacije. Među ovim autorima najviše se isticao Pierre Legrand, inače poznat kao najoštrij kritičar Watsona.

111 *Ibid.*, 117–119.

112 *Ibid.*, 119.

113 *Ibid.*, 121–122.

Legrand smatra da širi društveni i kulturni kontekst pravo (pravilo) daje značenje. Stoga, ukoliko se promijeni kontekst, promijenit će se i pravo.¹¹⁴ Legrand je sumirao Watsonove glavne teze i zaključio da njihovo prihvatanje nužno znači da pravo predstavlja „samostalni entitet“, koji nije vezan za „historijski, epistemološki ili kulturni“ kontekst, odnosno da se pravo svodi na pravna pravila, a da se pravna pravila svode na „ogoljene propozicijske iskaze“.¹¹⁵ On odbacuje takvo poimanje prava, jer pravno pravilo „nema empirijsku egzistenciju“ odvojenu od značenja kojeg nameće pravna kultura.¹¹⁶ Za Legranda je „značenje“ pravnog pravila zapravo njegova esencijalna komponenta,¹¹⁷ koja je uvijek historijski i kulturno uvjetovana.

Legrand naglašava da se pravo ne može svoditi na tekst nekog pravnog pravila, jer isti tekst dobija drugačije značenje u nekom drugom društvenom/kulturnom kontekstu, tj. u drugoj pravnoj kulturi. On smatra da će transplantirane riječi „neizbježno dobiti drugačije, lokalno značenje, čime one *ipso facto* grade drugačije pravilo“.¹¹⁸ Pošto se mijenja razumijevanje i interpretacija pravila, doći će i do promjene njegovog značenja. Kada dođe do promjene u značenju, onda i pravno pravilo nije ostalo isto. Za Legranda to znači da se transplantacija nije ni desila, jer je izostala transplantacije značenja, kao esencijalnog svojstva pravnog pravila.¹¹⁹

Da bi svoju tezu objasnio Legrand je koristio Watsonov primjer transplantacije rimskih pravnih pravila (o vlasništvu i riziku kod prodaje) u Francusku i Prusku.¹²⁰ On, međutim, smatra da su rimska pravila u Francuskoj i Pruskoj dobila drugačije značenje, tj. da više nije riječ o istim pravilima, odnosno da se nije desila transplantacija prava. On insistira na tezi da se tu sličnosti odnose isključivo na sličnosti „ogoljenih formi riječi“.¹²¹ Pravila nisu ista, jer su pisana na različitim jezicima, a zbog različitog konteksta, odnosno primjene i interpretacije, imaju različito značenje. Legrand zaključuje da do pravne transplantacije, u bilo kojem smislu ovog pojma, ne može doći. Isto pravno pravilo

114 J. W. Cairns, *op. cit.*, 680.

115 P. Legrand, „What Legal Transplants“, *Adapting Legal Cultures*, D. Nelken, J. Feest (ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2001, 57.

116 *Ibid.*, 59.

117 *Ibid.*, 57.

118 *Ibid.*, 61.

119 *Ibid.*, 61.

120 *Ibid.*, 63.

121 *Ibid.*, 63.

ne može imati značaj u sistemu primaocu, kakav je imalo u sistemu davaocu.¹²² Ono što Watson naziva pravnim promjenama kroz pravnu transplantaciju, Legrand smatra izrazom ekonomičnosti i efektivnosti u procesu reforme prava. Posezanje za prethodnim rješenjima i idejama da bi se konstruirala sadašnjost, ističe Legrand, može se zapaziti i u drugim oblastima, kao što su književnost i matematika.¹²³

Watson je odgovorio na Legrandovu kritiku, u kojoj je vidio „krupne riječi“, ali „ne i suštinu“. On je naglasio da je oduvijek tvrdio kako „transplantirano pravilo neće biti isto što je bilo u prijašnjem domu“ i da su pravila, odnosno „institucije, pravni koncepti i strukture“ to što se transplantira (pozajmljuje), a ne „duh“ pravnog sistema.¹²⁴

Postoje autori koji su podržavali ovako ekstremne stavove profesora Legranda.¹²⁵ Međutim, čini se da su njegove teze ipak pretjerane. Pored toga, nužno je da se razmotri i šira pozadina Legrandove kritike pravnih transplanta. On je, naime, bio jedan od najvećih protivnika ideje kreiranja jedinstvenog evropskog civilnog kodeksa,¹²⁶ dok je Watson oduvijek tvrdio da je moguće izraditi jednu kodifikaciju civilnog prava koja će važiti za najveći dio zapadne civilizacije. Ako se imaju u vidu ove činjenice, jasno je zašto se Legrand tako oštro protivio ideji pravne transplantacije. Prihvatanje teze o transplantaciji prava značilo bi i prihvatanje ideje o stvaranju jedinstvene kodifikacije privatnog prava u Evropi, čemu se Legrand oštro suprotstavljao.¹²⁷ Mnogi ugledni autori kritizirali su Legrandove teze. Među njima su bili Gunther Teubner,¹²⁸ ali i neki drugi, koji su pisali da Legrand pada u zamku „protivrječnosti kulturnog relativizma“.¹²⁹

122 *Ibid.*, 64.

123 *Ibid.*, 64.

124 A. Watson, „Legal transplants and European private law“, *Electronic Journal of Comparative Law*, December 2000, 2. (stranica MS Word verzije) (<http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>).

125 Vid.: P. Legrand, „John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 47, No. 1, Winter, 1999, 49.

126 Vid.: P. Legrand, „Against a European Civil Code“, *Modern Law Review*, Volume 60, Issue 1, January, 1997, 44–63.

127 J. W. Cairns, *op. cit.*, 681.

128 G. Teubner, „Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences“, *The Modern Law Review Limited*, Volume 61.1, 1998, 14–15.

129 D. Nelken, J. Feest, *Adapting Legal Cultures*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2001, 3–4.

4.4. Drugi pristupi pravnim transplantima

Osim navedenih osvrti na pitanje pravne transplantacije, u literaturi postoji još mnogo autora koji su se direktno ili indirektno bavili ovom problematikom. Kroz obiman naučni diskurs na polju komparativnog prava, pravne historije te sociologije i teorije prava, došlo je do formiranja posebnih teorija koje su nastojale objasniti fenomen transplantacije prava iz svog ugla.

U potrazi za novim pojmovnim konstrukcijama koje bi ukazale na specifičnosti svakog posebnog slučaja, novija literatura nastojala je da ustaljene termine zamijeni novim i adekvatnijim pojmovima. Gunther Teubner, na primjer, smatra da je „pravni transplant“ neprikladna metafora za opisivanje fenomena preuzimanja stranog prava. On, umjesto toga, predlaže upotrebu pojma *pravne iritacije*.¹³⁰ U svom radu o prisvajanju ustanove *bona fides* u englesko ugovorno pravo putem evropske Direktive o zaštiti potrošača, Gunther Teubner odbacuje koncept jednostavne pravne transplantacije i umjesto toga predlaže pojam pravne iritacije,¹³¹ s obzirom da se pravne ustanove ne mogu jednostavno prenositi iz jednog konteksta u drugi. Pravno pravilo koje se prenosi u drugi društveni kontekst, zaključuje Teubner, izaziva „seriju novih i neočekivanih“ reakcija, a prvenstveno iritaciju pravnika-traditionalista i veznog tkiva pravnog sistema.¹³²

Drugi primjer je Esin Öürücü, koja također odbacuje pojam transplantacije i umjesto toga koristi metaforu transpozicije (premještanja) iz muzike.¹³³ Ovaj pojam se u muzici koristi za opisivanje prilagodbe nota određenom muzičkom instrumentu ili rasponu glasa izvođača muzičkog djela. Primjenivši taj koncept i pojam na polje prava, Öürücü je zaključila da svaka pravna ustanova ili pravno pravilo u sistemu primaocu transpozicijom treba da se uskladi sa društvenom i pravnom kulturom, odnosno potrebama tog sistema.¹³⁴

Neki su autori nastojali da naprave sistematizaciju pravnih transplantata. Tako je na primjer 1985. godine Jonathana M. Millera pred-

130 G. Teubner, *op. cit.*, 11–32.

131 *Ibid.*, 11–32.

132 *Ibid.*, 12.

133 Vidi: E. Öürücü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century*, Springer-Science+Business Media, Leiden 2004, 97.

134 *Ibid.*, 97.

stavio posebnu tipologiju pravnih transplantata.¹³⁵ Osnovni kriterij ove podjele jeste motiv za transplantaciju prava, sa stanovišta sistema primaoca. U skladu s tim, on je predložio sljedeću podjelu: pravni transplantati motivirani uštedom troškova; pravni transplantati diktirani (nametnuti) izvana; preduzetnički pravni transplantati; i pravni transplantati koji generiraju legitimitet.¹³⁶

Pitanjem tipologije i sistematizacije pravnih transplantata bavio se i William Twining. I on je odbacio pojam transplantata i umjesto toga prihvatio termin *difuzije prava*. Navedeni termin „preferira u odnosu na druge“, jer je „standariziran koncept u društvenim naukama“ i zato što „ukazuje na proces“, a jednako je apstraktan i dalekosežan kao pojmovi promjene, utjecaja ili interakcije.¹³⁷ Twining ima interdisciplinarni pristup pravnim transplantima te smatra da je neophodno napraviti spoj empirijski utemeljene literature o difuziji inovacija, jezika, i društvenih pokreta s jedne, te neempirijske i teorijski slabo utemeljene literature o pravnim transplantima i recepciji prava s druge strane.¹³⁸ Koristeći pojmovni aparat sociologije, Twining polazi od uproštenog modela pravne transplantacije i tako konstruira „idealni tip“ pravne transplantacije.¹³⁹ Twining je zatim ukazao na moguća odstupanja i varijacije u odnosu na ovaj osnovni model. Ta odstupanja moguća su u odnosu na sljedeće kriterije: izvor-odredište; nivoi; putevi; forma; predmet ili objekt; posrednik; trenutak; moć i prestiž; izmjene u predmetu; odnos prema prijašnjem pravu; razlikovanje tehničkog, ideološkog i kulturnog transplantata; te mjerenje efekta pravnog transplantata.¹⁴⁰

I pravna nauka sa naših prostora sve se više bavi pitanjem transplantacije prava. U jednoj disertaciji iz 2018. godine istraženo je mjesto i uloga pravnih transplantata za pravni razvitak Bosne i Hercegovine

135 J. Miller, „A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplants Process“, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 51, 1985, 839–886.

136 *Ibid.*, 842. „i) the Cost-Saving Transplant; ii) the Externally-Dictated Transplant; iii) the Entrepreneurial Transplant; and iv) the Legitimacy-Generating Transplant“.

137 W. Twining, „Diffusion and Globalisation Discourse“, *Harvard International Law Journal*, Volume 47, Number 2, Summer 2006, 510.

138 *Ibid.*, 510.

139 *Ibid.*, 511.

140 *Ibid.*, Tabela 1.

na prelazu u XX stoljeće.¹⁴¹ Jedan od ciljeva ovog istraživanja bilo je ispitivanje relevantnih teza o transplantaciji prava i to osnovu empirijske evidencije. Kao rezultat toga, autor, između ostalog, ukazuje na to da se kod definiranja zakonitosti transplantacije prava mora voditi računa o pravnoj grani/oblasti koja je predmet transplantacije, ali i o historijskom i društveno-političkom kontekstu transplantacije.¹⁴² U tom smislu, na primjer transplantacija iz oblasti stvarnog prava nije isto što i transplantacija iz npr. materijalnog krivičnog ili trgovačkog prava. Isto tako postoji značajna razlika između npr. transplantacije prava radi moderniziranja i reforme društveno-pravnog poretka i npr. „nametnute“ transplantacije prava od neke okupacione sile. Iako se ovdje radi o pravno-historijskoj studiji, autor se pri analizi zakonitosti pravnih transplanta uveliko služio i alatima drugih disciplina, što je očito tendencija u modernim društvenim naukama. Bez obzira da li se radi o pitanjima važnih za nauku, zakonodavstvo ili pravnu praksu, smatram da se upravo takav pristup treba usvojiti i kod ispitivanja pravne transplantacije.

5. ZAKLJUČCI

Pravni transplanti su oduvijek bili predmet zanimanja i rasprava u pravnoj teoriji. Neke od ranih ideja poznatih evropskih pravnih mislilaca, kao što su Montesquieu, Savigny i Jhering ukazuju na činjenicu da su još u XVIII i XIX stoljeću postojali oprečni stavovi po pitanju transplantacije prava. Iz naučnih rasprava ovih autora da se zaključiti da je njihovo „za“ ili „protiv“ transplantacije prava bilo ukorijenjeno u njihovom pravno-filozofskom poimanju i razumijevanju prava i pravnog razvitka.

U drugom dijelu rada tematizirani su doprinosi ranih komparativista i pravnih historičara na ovu temu. Komparativisti, koji su pokazali najveći interes za međusobni utjecaj različitih pravnih sistema, jasno ukazuju na brojne primjere transplantacije prava. Oni su bili među prvim autorima koji su na primjerima pravne transplantacije u XX stoljeću doveli u pitanje etablirane teorije o odnosu prava i druš-

141 Vid. M. Bečić, *Pravni transplanti i pravni pluralizam: transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini 1878–1918*, neobjavljena doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2018.

142 *Ibid.*

tva. I najveći evropski autoriteti na polju romanistike i pravne historije, kao što su Wieacker i Koschacker, nastojali su da razvitak evropskog civilnog prava objasne kroz novi pogled na recepciju/transplantaciju rimskog prava i pravne kulture.

U trećem dijelu rada obrađene su naučne debate o pravnim transplantima koje su vođene krajem XX stoljeća. Ove debate, koje su potaknute Watsonovom hrabrom protivljenju općeprihvaćenim teorijama o odnosu prava i društva, podijelile su naučnu zajednicu. Iz ovih rasprava iznjedreni su različiti pristupi u proučavanju pravnih transplanta, kao i različite teze i teorije o zakonitostima pravne transplantacije. Na primjer: Watson je u pravnoj transplantaciji vidio glavno sredstvo pravnih promjena, dok je Legrand potpuno negirao mogućnost transplantacije prava, jer je smatrao da se promjenom kulturnog konteksta mijenja i značenje pravnog pravila. Između ova dva potpuno suprotstavljena stajališta, u zapadnoj literaturi pojavio se čitav niz kritika, osvrta i rasprava na ovu temu. Tako su brojni autori razvili vlastite zaključke o pravnoj transplantaciji te došli do zaključaka koji su uglavnom predstavljali rezultat vlastitog naučnog pristupa i poimanja prava.

Dakle, može se zaključiti da je različito poimanje prava i pravnog razvitka jedan od glavnih razloga za postojanje suprotstavljenih teza i zaključaka o pravnoj transplantaciji, na što je u radu ukazano kroz nekoliko primjera. Istina, vjerovatno su i drugi tj. vanjski faktori igrali ulogu u zauzimanju različitih stavova autora prema pitanju pravne transplantacije, ali su ovi faktori manje dolazili do izražaja u naučnom diskursu. Dobri primjeri za to su suprotna stajališta Jheringa i Savignya o uvođenju strane kodifikacije u Njemačkoj u XIX stoljeću ili Watsonovo „za“ i Legrandovo „protiv“ ideje jedinstvenog civilnog kodeksa za Evropu itd.

Bez obzira na sve ove razlike, postoji najmanje jedan zaključak oko kojeg su skoro svi autori jedinstveni. To je nesporna činjenica ili fakt transplantacije u oblasti prava. Naime, od antičkih vremena do danas, pravo ili sa pravom povezani fenomeni, kao što su pravna pravila, ustanove, zakonici, zakonski tekstovi, koncepcije, podjele, sistematizacije bili su i ostali predmet transplantiranja (preuzimanja, prenosa, transfera, migriranja, difuzije, recepcije itd.) iz jednog sistema u neki drugi. Pri tome se pod sistemom podrazumijevaju pravni sistemi država, ali i uže ili šire kategorije, kao što su nadnacionalne ili transnacionalne organizacije, pravne porodice, pravne kulture i tako dalje.

Upravo je ova nesporna i jasno primjetna činjenica stalno budila interes nauke, koja je nastojala da razumije i definira procese transplantacije prava i da joj odredi neke opće zakonitosti.

Imajući u vidu sve navedeno, a na tragu ideja onih autora koji se zalažu za širi okvir proučavanja pravnih transplantata, kao što su Twining ili Cotterrell, smatram da se fenomenu pravne transplantacije treba pristupiti interdisciplinarno, uz jasno definiran predmet i cilj istraživanja. Jednostavni i na postulatima jednog naučnog pristupa zasnovani zaključci o pravnoj transplantaciji imaju ograničen domet i mogu se isto tako jednostavno odbaciti, kako to pokazuju naučne debate tematizirane u ovom radu. Ko nastoji da dođe do naučno utemeljenih zaključaka o zakonitostima pravne transplantacije, on treba da se stavi u ulogu pravnog historičara i komparativiste, koji se istovremeno služi alatima i spoznajama pravne teorije i sociologije prava. Komparativna prednost takvih interdisciplinarnih istraživanja, koja se bave konkretnim primjerima pravnih transplantata iz prošlosti, ogleda u tome da ona, između ostalog, daju:

1. veći stepen naučne objektivnosti istraživača zbog historijske distance prema predmetu izučavanja;
2. mogućnost uvida u motive zakonodavca i pravnika koji su radili na transplantaciji kroz uvid u arhivsku/izvornu građu (analiza utjecaja pravne kulture pravnika na izbor i sadržaj transplantata);
3. uvid u „sudbinu“ pravnog transplantata u sistemu primaocu u široj historijskoj perspektivi;
4. uvid u „efekte“ pravnog transplantata na društvo sistema primaoca, kao i „međutjecaj“ pravnog transplantata i društva, u široj historijskoj perspektivi (odnos prava i društva) i drugo.

Iako se i Watson koristio primjerima iz pravne historije, on nije imao empirijski i interdisciplinarni pristup, nego je svoje zaključke zasnivao na evidenciji komparativne pravne historije i metodu uporedne tekstualne analize. Zbog toga su mu kritičari (s pravom) prigovarali da se bavio analizom pravnih pravila, a ne živim pravom (*living law*). I oprečne teze Legrande su također suviše jednostavne i isključive, jer su bazirane na njegovom shvatanju prava kao odraza opće kulture. Zbog toga smatram da je „srednji put“ većine ostalih autora prihvatljiviji, s obzirom da omogućava šire sagledavanje fenomena pravne transplan-

tacije, uz uključivanje naučnih spoznaja i metoda drugih disciplina. To potvrđuju i novija istraživanja sa naših prostora, koja ukazuju na nužnost razlikovanja između pravnih grana i društveno-političkih konteksta transplantacije. Od oba ova faktora zavise i zaključci o zakonitosti ma pravne transplantacije.

Autor koji se upusti u analizu pravne transplantacije mora biti istovremeno pravni historičar i komparativista, zbog predmeta istraživanja, ali i teoretičar i sociolog prava, zbog analitičkog okvira i alata kojim se treba služiti. Imajući to u vidu, smatram da se svakom pitanju pravne transplantacije, bilo da se radi o pitanju iz oblasti nauke, zakonodavstva ili pravne prakse, treba pristupiti uz konsultiranje ustanova ili projekata koji okupljaju timove stručnjaka iz različitih (pravnih) oblasti.

Mehmed Bečić, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Sarajevo

CONTINUITY OF SCIENTIFIC DEBATES ON LEGAL TRANSPLANTS IN WESTERN LEGAL THOUGHT

Summary

Scientific debates on the topic of legal transplantation have long been present in Western legal thought. Legal transplants came to the forefront of Western literature, especially in the late XX and early XXI century, when more attention was paid to the process of legal transplantation in the wider European and international context for the purpose of legal unification. If one can find a constant in the scientific debate about legal transplantation, then it is certainly the author's disagreement about the place and role of legal transplants in the process of legal development and transformation of law. This has given rise to different perceptions and theories about legal transplantation, which have been present in legal theory for a long time. This paper deals with the continuity of opposing theses and conclusions about legal transplantation, that is, the continuity of conflicting opinions of Western legal theorists on the place and role of legal transplants in the development of law. The main source of these opposing views and opinions

lies in their very different approaches and conceptions of law, given that the participants in these debates were authors of various scientific provenances – legal philosophers, sociologists of law, legal historians, comparative legal scholars and others. They have, to a greater or lesser extent, been involved in a debate that comes down to the issue of “for or against” legal transplantation as a major tool for legal development and legal transformation. In the conclusions of this paper, the author rejects simple and generalized conclusions about legal transplantation. He advocates for an interdisciplinary approach in the study of legal transplants, with a clearly defined subject and research objective. The basis of this interdisciplinary approach would be legal history and comparative law, as well as legal theory and sociology of law, which would provide the necessary analytical frameworks and tools.

Key words: *Legal transplants. – Reception of law. – Law and society. – Comparative law. – Legal history.*